



## El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales como grupo de casos de la teoría de la imputación objetiva\*



Paulo César Busato

Universidade Federal do Paraná, Brasil

**RESUMEN:** Tomando como punto de partida la teoría de la acción significativa, se analiza la problemática de las acciones neutrales en el marco de la imputación objetiva. El debate que se ha reabierto en Alemania se considera nocivo, pues lo relevante de la responsabilidad del partícipe no depende de la asunción de un riesgo en el marco de la imputación objetiva, sino del sentido subjetivo de la adhesión del partícipe al delito del autor.

**PALABRAS CLAVE:** Teoría de la acción significativa, acciones neutrales, complicidad, imputación objetiva.

**ABSTRACT:** Starting from the Significant Action Theory, this paper analyzes the neutral actions predicament within the framework of the objective allocation. The discussion reopened in Germany is a harmful one because the relevance of the participator responsibility is not depending on the risk assumption within the framework of the objective allocation, but the subjective sense of the participator adherence at the crime of the perpetrator.

**KEY WORDS:** Significant Action Theory, neutral actions, complicity, objective allocation.

**SUMARIO:** Introducción. 1. El origen de la discusión sobre las llamadas acciones neutrales. 2. La reanudación de la discusión sobre las acciones neutrales en el seno de la teoría de la imputación objetiva. 3. El adversario de la teoría de las acciones neutrales no es la causalidad. 4. Las distintas visiones sobre los límites de la responsabilidad del cómplice. 5. Toma de posición. El sentido de la adhesión a la realización del autor. 6. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

---

\* Revisión al castellano por Dña. Jara Bocanegra Márquez, Universidad de Sevilla.

## Introducción

El presente artículo discute los criterios de establecimiento de la responsabilidad del cómplice en las conductas del autor, en especial en el sentido crítico de la recuperación dogmática de la idea de prohibición de regreso hacia acciones neutrales como criterio de imputación objetiva. Para ello, se aborda la discusión existente desde sus orígenes hasta la actualidad y se tratan algunas construcciones cercanas a la propuesta que al final se suscribe.

Por último, se propone un punto de vista de distribución de la carga de la responsabilidad anclado en la dimensión de sentido comunicativo, asociado a un concepto de *dolo significativo* ubicado en una pretensión subjetiva de ilicitud.

El tema tiene relevancia porque, a pesar de no estar admitido completamente por la doctrina brasileña, los matices insertados en la teoría unitaria sobre el concurso de personas con la reforma del Código penal de 1984 llevan a la necesidad de establecer una fundamentación lógica específica para la responsabilidad penal del partícipe, toda vez que no se le puede imputar silogísticamente la realización del tipo de la parte especial. La construcción del concurso de personas es uno de los puntos más cuestionados de la reforma del Código penal que se encuentra en curso en Brasil en estos momentos.

### 1. El origen de la discusión sobre las llamadas acciones neutrales

Hay dos puntos de referencia iniciales para la discusión del tema de la teoría de las acciones neutrales: una sentencia del Tribunal Supremo del Reich Alemán y una tesis doctrinal desarrollada por Reinhard Frank. El supuesto de hecho citado es el caso RGSt, T. 64, p. 370, muy bien descrito por Naucke:<sup>1</sup> “Un sujeto había envenenado dolosamente a su esposa. El veneno lo ha-

bía recibido de su amante. En el proceso no se pudo probar que la amante hubiese determinado al marido a llevar a cabo el homicidio ni que le hubiese prestado ayuda dolosamente en la realización del mismo”.

La cuestión que se discute entonces es si es posible responsabilizar a la amante en calidad de autora de un delito de homicidio aunque fuera por imprudencia, imputación ésta que le fue finalmente impuesta por la Corte.<sup>2</sup> La aportación de Frank<sup>3</sup> tenía como objetivo ofrecer una nueva solución a los supuestos de contribución imprudente a conductas delictivas dolosas. Para ello, ofrecía el ejemplo del cazador que deja su escopeta colgada en el perchero de una fonda y posteriormente, durante una pelea, es utilizada por otro para matar a un tercero. Con el fin de no generar responsabilidad al cazador, Frank plantea que su conducta ha sido neutral.

Cabe destacar aquí que Frank no rechaza la teoría de la equivalencia de las condiciones, simplemente presenta la tesis de prohibición de regreso a las acciones neutrales como excepción a la mencionada teoría.<sup>4</sup>

Hasta entonces, el problema de establecimiento de los límites de la responsabilidad se discutía en el plano de la causalidad. Se sostenía que la realización dolosa rompía el proceso causal determinado por la previa aportación imprudente. Con ello se justificaba la ausencia de incriminación del partícipe imprudente respecto al delito doloso.

Pero la creciente relevancia dada por la doctrina a la teoría de la equivalencia de los antecedentes causales ha llevado a admitir una responsabilidad por el hecho de los partícipes imprudentes. Con la intención de acotar dicha imputación, Frank desarrolló su teoría de las acciones neutrales.

La discusión que se generó alrededor de los años 20 del siglo pasado desembocó en la victoria de los defensores de la teoría de la equivalencia de los antecedentes, la cual llegó a ser dominante hasta por lo menos la década de 1960.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Wolfgang Naucke, “Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal”, en Wolfgang Naucke, Harro Otto, Günther Jakobs y Claus Roxin, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 17.

<sup>2</sup> La información es de Naucke en *ibidem*, p. 18.

<sup>3</sup> La tesis, en realidad, está completamente desarrollada en Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., Tübinga, Mohr, 1931, pp. 14 y ss., aunque ya en la 15ª ed. del libro se estaba dibujando el tema, aunque sin referir específicamente el término *prohibición de regreso*. También Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Winter, 1915, p. 153.

<sup>4</sup> Conviene subrayar este aspecto porque, en el mismo momento, se ofrecían distintas fórmulas de solución del problema a raíz de la sustitución de la teoría de equivalencia de los antecedentes causales por una de la causalidad adecuada, especialmente defendida por Von Bar. Cf. Ludwig von Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht: Fragen des Geltenden Deutschen Strafrechts und Seiner Reform*, vol. 2, Berlín, J. Guttentag, 1907, p. 209.

<sup>5</sup> Al menos el artículo de Naucke (*Über der Regreßverbot im Strafrecht*) sobre el tema, escrito en 1964, lo apunta expresamente. Cf. Wolfgang Naucke, *op. cit.*, p. 21.

Resulta importante, en este sentido, señalar algunos aspectos principales relacionados con el origen de la discusión sobre la teoría de las acciones neutrales. En primer lugar, el hecho de que la discusión surgiera como reacción frente a las teorías de la causalidad, es decir, se tratara de una discusión de tipo objetivo. No obstante, a pesar de tratar del tipo objetivo, la teoría se refería a un grupo de supuestos muy específico, esto es, a las aportaciones imprudentes a conductas delictivas dolosas, cuya identificación dependía de un análisis subjetivo de la distribución de responsabilidades.

Hay que destacar también el contexto en que la discusión se planteaba, toda vez que era dominante en la doctrina de aquel entonces la idea de que el dolo y la imprudencia eran temas de culpabilidad y no tenían nada que ver con el injusto. Así, es perfectamente posible identificar una mezcla de elementos objetivos y subjetivos necesaria para la identificación de los casos con los cuales debería enfrentarse la teoría de las acciones neutrales, lo que, ciertamente, supuso una dificultad añadida para que ésta lograra imponerse.

Otra cuestión que merece destacarse en lo que respecta al origen de la teoría de las acciones neutrales es que se trata de una teoría que, como suele ser habitual en el escenario jurídico alemán, tiene como objetivo principal la solución de un caso práctico, precisamente un caso tratado por el RGSt. En este sentido, cabe señalar que la aceptación de la tesis en el ámbito académico depende, en buena medida, de su aceptación por la *praxis* judicial.

## 2. La reanudación de la discusión sobre las acciones neutrales en el seno de la teoría de la imputación objetiva

Después de un periodo de cierto olvido de las acciones neutrales,<sup>6</sup> el tema ha recuperado su protagonis-

mo<sup>7</sup> a partir de los trabajos de Jakobs sobre la imputación objetiva.<sup>8</sup>

Las razones para la reanudación de la discusión radican, por un lado, en el reconocimiento absoluto de la insuficiencia de la teoría de la causalidad para sostener la responsabilidad penal en el plano objetivo, que ponía en evidencia la necesidad de discutir acerca de los criterios de imputación; y, por otro, en la pretensión doctrinal de ampliar el ámbito de aplicación de la teoría de las acciones neutrales dirigiéndola a otros grupos de supuestos no abarcados por ella en sus inicios.

Es más que evidente que la superación de la causalidad como fuente absoluta de la determinación del injusto en el plano objetivo, derivada de la tendencia a la normativización de la teoría del delito,<sup>9</sup> produjo un escepticismo acerca de la eficacia de la teoría de la equivalencia de los antecedentes causales. Ello tuvo efectos directos en la teoría de las acciones neutrales, toda vez que aquélla ha sido responsable de la superación de ésta.

Por otra parte, se ha planteado también una ampliación del ámbito de los supuestos abarcados por la teoría de las acciones neutrales con el objeto de incluir en ellos casos de aportaciones dolosas a delitos dolosos,<sup>10</sup> además de muchas otras figuras que ni siquiera podrían estar asociadas a tales supuestos como “la autoría accesoria imprudente, el hacer posible autolesiones dolosas, el hacer posible un hecho cometido por un autor inimputable, la imbricación de actuar dolosa e imprudentemente y la actuación conjunta dolosa no acordada entre varias personas”.<sup>11</sup>

Con ello, pasaría a ser indiferente la cuestión subjetiva para la determinación del ámbito de aplicación de la teoría, que se convierte así en un verdadero criterio de imputación objetiva.

El problema pasa, como es obvio, por superar dos etapas: la primera consistiría en establecer criterios

<sup>6</sup> En ese sentido el comentario reciente de Luis Roca de Agapito en *Las acciones cotidianas como problemática de la participación criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 166. También, Knut Amelung, “Die ‘Neutralisierung’ geschäftsmaiger Beitrage zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands”, en Erich Samson (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum Siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 48.

<sup>7</sup> Hasta el punto de ser calificado como “tema de moda”, por ejemplo, por Knut Amelung, *ibidem*, p. 9.

<sup>8</sup> También, Roca de Agapito, en *op. cit.*, pp. 165 y 166, atribuye a Jakobs el mérito de dar un nuevo impulso a la discusión sobre la teoría de las acciones neutrales.

<sup>9</sup> El mismo Naucke ha apuntado la vinculación de la prevalencia de la teoría de equivalencia de las condiciones para hablar de la aportación imprudente del cómplice para el delito doloso como producto de una vinculación a los conceptos ontológicos de acción que han servido de base a sucesivos sistemas de imputación. Cf. Wolfgang Naucke, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, Günther Jakobs en *Derecho penal. Parte General*, 2a ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 842.

<sup>11</sup> La información es de Wolfgang Naucke, *op. cit.*, p. 19, nota 7.

## El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

capaces de identificar, con un razonable grado de certidumbre, qué contribuciones al delito son merecedoras de llevar el título de *neutrales*;<sup>12</sup> la segunda, en demostrar que el criterio de identificación de las *acciones neutrales* tiene lugar en el proceso de imputación objetiva, es decir, se puede solucionar en el plano objetivo de la imputación.

No parece, a mi juicio, que ni una idea ni otra estén claras, sino que muy al contrario, no solo hay una enorme dificultad para definir positivamente con precisión qué se entiende por acciones neutrales, sino también para establecer un criterio eficaz y seguro para definir la relevancia de los distintos supuestos de complicidad. De hecho, sobrepasa el campo del tipo de acción y alcanza la pretensión subjetiva de ilicitud.

### 3. El adversario de la teoría de las acciones neutrales no es la causalidad

La pretensión de recuperar un espacio para la teoría de las acciones neutrales en el seno de la imputación del tipo objetivo ya no puede lograrse mediante el recurso de contraponerla a la teoría de la equivalencia de los antecedentes. Si bien es cierto que en los tiempos de Frank la oposición a la teoría de las acciones neutrales vino de la mano de la afirmación de la teoría de la equivalencia de los antecedentes causales, ello se debió a que en ese entonces los principales sistemas de imputación se vinculaban a una base teórica ontológica.

Hoy día, si hay un consenso doctrinal, éste reside precisamente en la superación de las bases ontológicas de la teoría del delito. Ello tiene especial trascendencia en lo concerniente al tipo objetivo, una vez que se impuso la teoría de la imputación objetiva, hasta el punto de que ya se ha abandonado la idea tradicional de que la teoría de la causalidad es suficiente para imputar objetivamente un resultado típico, exigiéndose junto a ella criterios normativos de imputación, que-

dando por discutir simplemente la relevancia a estos efectos de la causalidad.<sup>13</sup>

La cuestión, por lo tanto, no reside ya en la superación de la idea de causalidad, sino en saber si efectivamente es posible el traslado de la idea de acciones neutrales al campo de la imputación objetiva, con la ampliación de los supuestos de su aplicación, esto es, si el criterio ofrece alguna ventaja con relación a los demás criterios de imputación objetiva en lo que se refiere a la atribución de responsabilidad al cómplice.

A este respecto, la doctrina mayoritaria opina que la complicidad tiene que ser causal para el resultado.<sup>14</sup> La causalidad, sin embargo, no se puede confundir con la esencialidad, es decir, lo que exige la causalidad no es que la complicidad sea *conditio sine qua non* para la producción o no producción del resultado, sino la demostración de que sin tal contribución, el resultado no hubiera ocurrido *de la forma en que ocurrió*,<sup>15</sup> lo que es bastante distinto. Por ejemplo: quien entrega el veneno al asesino no queda exento de responsabilidad por el resultado si el ejecutor, después de darle el veneno a la víctima y ver cómo ésta queda inconsciente pero antes de que termine el veneno de producir su efecto decide, para asegurarse el resultado, cortarle el cuello a la víctima.

Pero es también evidente que no basta con la causalidad respecto del resultado, sino que es necesario que haya una contribución normativa en la participación. El análisis de lo que puede ser esta contribución normativa es lo que definirá si existe un espacio para el resurgir de la teoría de las acciones neutrales como criterio de imputación objetiva referido a la complicidad.

### 4. Las distintas visiones sobre los límites de la responsabilidad del cómplice

Hay una enorme variedad de posicionamientos en la doctrina sobre cuáles han de ser los límites de la responsabilidad del cómplice. No hay uniformidad ni respecto a cuál deba ser el criterio de imputación

<sup>12</sup> Como efectivamente ya se ha percatado Luís Greco en *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 105.

<sup>13</sup> Véase María del Mar Díaz Pita, "¿Qué queda de la causalidad?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 4, Madrid, UNED, julio de 1999, p. 523.

<sup>14</sup> Claus Roxin, "¿Qué es la complicidad?", *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2007, p. 537. En el mismo sentido, Paul Bockelmann y Claus Volk, *Direito penal. Parte General*, trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 239; Reinhard Maurach, Hans Zipf y Karl Heinz Gössel, *Derecho penal. Parte General. 2*, trad. de Jorge Bofill Gensch, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 456; Hans Welzel, *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 143.

<sup>15</sup> En ese sentido, la aclaración de Roxin en *op. cit.*, p. 538.

objetiva que delimite tal responsabilidad, ni respecto a si es posible tal delimitación en el plano del tipo objetivo.<sup>16</sup>

No tenemos aquí espacio para hacer un completo repaso de todas las posiciones respecto del tema, no obstante, procuraremos, seguidamente, describir con brevedad las contribuciones que en nuestra opinión representan los puntos clave de la moderna discusión del tema.

#### *4.1. Las acciones neutrales como criterio de imputación objetiva para la determinación de los límites de la responsabilidad por complicidad. La tesis de Jakobs*

Jakobs<sup>17</sup> desarrolló un estudio de los supuestos básicos de la teoría de las acciones neutrales —las aportaciones imprudentes causalmente vinculadas a la realización de un delito doloso— con el objetivo de establecer una regla general de imputación. Él defiende la idea de sustituir la causalidad como condición ontológica por los criterios axiológicos de imputación sin que quepa hablar de equivalencia de condiciones.<sup>18</sup> Y son justamente este aislamiento de la causalidad y el uso de cursos causales hipotéticos lo que permite a Jakobs sostener que "el comerciante de alimentos que vende productos en buen estado no responde por complicidad en un homicidio en el caso de que sepa que el comprador piensa manipular el género alimenticio para cometer un homicidio con empleo de veneno", así como que "el taxista no responde por el delito que cometa el cliente una vez llegado a su destino, aunque haya anunciado sus intenciones en el camino", porque tales aportaciones "se pueden obtener en cualquier parte",<sup>19</sup> es decir, el autor las hubiera podido conseguir aunque no estuviera presente

el supuesto cómplice, con lo cual, son contribuciones esencialmente neutrales.

Su idea es excluir de la responsabilidad por el resultado ya en el plano del tipo objetivo al partícipe cuya contribución al hecho haya consistido en una *acción cotidiana* o *neutral*. Al utilizar la idea de prohibición de regreso para establecer criterios de imputación objetiva, afirma la necesidad de excluir la responsabilidad de las personas que, actuando según el papel que les correspondía en la relación social, puedan, eventualmente, haber contribuido a la realización de un delito.<sup>20</sup> El autor entiende que en muchos supuestos de acciones cotidianas, la participación es solamente aparente, porque, en realidad, la aportación del cómplice no promueve *el quebrantamiento de un rol*, que es en donde radica la desaprobación jurídica.

Evidentemente, la fuente del estudio es la posición de garante propia del delito omisivo, pero que Jakobs exige tanto para los supuestos de omisión como para los de acción. El comportamiento en el plano objetivo del cómplice debe ser interpretado dentro del límite de su papel o rol social. Por ejemplo, si el sujeto autor del delito compra pan y lo utiliza para adicionar veneno y matar a alguien, el panadero que se lo ofrece jamás podrá ser imputado como cómplice por la sencilla razón de que ha actuado como panadero, dentro de su papel que consiste precisamente en vender pan, y la imputación no puede regresar hasta el punto de alcanzarlo.<sup>21</sup>

La responsabilidad, por cualquier contribución al delito, estaría automáticamente descartada cuando "su comportamiento, para el momento de su ejecución, no dependa en absoluto de que el ejecutor continúe la acción".<sup>22</sup> Ello tendría lugar en dos supuestos: cuando no existe identidad común entre las conduc-

<sup>16</sup> Por ejemplo, Thomas Wiegand habla en eficacia cuantitativa de la facilitación del delito en "Grenzen strafbarer Beihilfe", Albin Eser (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 197 y ss.; Oliver Löwe-Krahl, *Die Verantwortung von Bakangestellten bei Illegalen Kundengeschäften*, Stuttgart, Richard Boorberg, 1990 y de modo similar Luis Greco, *op. cit.*, explotan el principio de proporcionalidad. Harro Otto, por su parte, emplea la tesis del incremento del riesgo a partir de la posibilidad o capacidad de manejar una condición que está a disposición del autor en el supuesto en concreto para evitar el resultado. Cf. "Kausaldiagnose und Erfolgsgzurechnung im Strafrecht", *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1972, pp. 91 y ss.

<sup>17</sup> Su primera aportación fue *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt...*, *op. cit.*, pp. 1 y ss. Véase específicamente sobre el tema, el capítulo sobre *la imputación objetiva en la participación, accesoriedad y prohibición de regreso*, em Günther Jakobs, *A imputação objetiva em direito penal*, trad. de André Luís Callegari, São Paulo, Revista dos Tribunais 1999, pp. 54 y ss.

<sup>18</sup> En ese sentido, Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, p. 229.

<sup>19</sup> Günther Jakobs, *A imputação objetiva em direito penal...*, *op. cit.*, p. 62. En detalle, con variados ejemplos, también en *Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, pp. 844-846.

<sup>20</sup> Günther Jakobs, *A imputação objetiva em direito penal...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>22</sup> Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, p. 843.

## El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

tas, sino que la realización del delito posterior deviene de modo completamente arbitrario,<sup>23</sup> y cuando la misma aportación, común o necesaria al hecho, puede ser obtenida de otra forma.<sup>24</sup>

En ninguno de estos supuestos, aunque el cómplice supiera que está contribuyendo a una realización delictiva —entiende Jakobs— podría sufrir un castigo ya que no ha quebrantado su rol social. En resumen, para Jakobs el núcleo de la relevancia de la aportación del cómplice está en la defraudación de expectativas respecto de su rol social.

Aunque el planteamiento de Jakobs sea perfectamente congruente con su tesis general sobre el sistema de imputación, que pone en el centro de todo a la preservación de la estabilidad normativa con base en las expectativas respecto de los roles sociales que se atribuyen a cada uno, la evidente artificialidad de dicha construcción, así como la indiferencia que mantiene respecto de las consecuencias político criminales de la aplicación práctica del sistema,<sup>25</sup> vuelven difícil su aceptación.

Es importante observar que esta línea de razonamiento excluye la posibilidad de imputación ya en el campo objetivo, es decir, vuelve absolutamente irrelevante el análisis de la orientación subjetiva del cómplice. Para él, definitivamente, no es un problema de dolo, sino simplemente de imputación objetiva.<sup>26</sup>

#### 4.2. La solidaridad con el injusto ajeno. La tesis de Schumann

Schumann<sup>27</sup> sostiene que el eje de la responsabilidad del cómplice se ubica en una solidaridad para con el injusto ajeno. El criterio utilizado por el autor para la atribución de responsabilidad al partícipe en este su-

puesto específico es también considerado por él como un criterio general de imputación objetiva.

El autor empieza por establecer la premisa de que debe existir alguna aportación del cómplice al delito del autor para que se establezca su responsabilidad, pues, en caso contrario, se responsabilizaría por un hecho ajeno.<sup>28</sup>

La actuación del cómplice debe contener un desvalor de acto<sup>29</sup> que sea reconocido por la comunidad como un ejemplo de que el cómplice se puso al lado del autor en la realización del injusto, prestándole *solidaridad*.<sup>30</sup> Schumann identifica algunos criterios para identificar cuándo se produce la mencionada solidaridad.

El primer criterio es la cercanía al hecho<sup>31</sup> como un factor temporal de identificación, es decir, la intermediación entre la aportación del partícipe y la realización del autor.<sup>32</sup> En segundo lugar, la aportación del partícipe debería favorecer aspectos *nucleares* del injusto típico.<sup>33</sup> En tercer lugar —y aquí coincidiendo directamente con Jakobs— se excluye la responsabilidad del cómplice que sólo realizó un acto de su rutina profesional cotidiana.<sup>34</sup>

Las consecuencias no son aceptables. Si se adopta como criterio identificador de la solidaridad del cómplice respecto de la conducta del autor la distancia temporal entre el hecho delictivo y la aportación de aquél, se hace depender la responsabilidad del partícipe de una aleatoria decisión del autor respecto de cuándo utilizar el instrumento que le aportó el cómplice, lo que no resulta lógico.

En segundo lugar, no está claro lo que se quiere decir con “aspectos *nucleares* del injusto”. Si estamos hablando del núcleo del tipo, es decir, de la conducta, quien presta el arma no sería cómplice del homicidio (solución que tampoco parece lógica). Si la interpre-

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 844.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Véase, por todos, la contundente crítica de Roxin a Jakobs en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, trad. de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 65-70.

<sup>26</sup> Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

<sup>27</sup> Así en Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 1986.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 44 y ss.

<sup>29</sup> El término utilizado es *Aktunwert*.

<sup>30</sup> Cf. Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht...*, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>32</sup> De modo similar, en especial referencia a la cuestión de la cercanía entre las aportaciones, desarrolla un criterio similar Feijoo Sánchez en *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?*, Granada, Comares, 1999, pp. 59 y ss.

<sup>33</sup> Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht...*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 62.

tación sobre lo que es *nuclear* no significa eso, entonces habría que aclarar lo que quiere decir.

Finalmente, la aceptación de la actividad profesional cotidiana no puede simplemente ser reconocida de antemano como no generadora de responsabilidad, porque existe una gran cantidad de actividades profesionales que conllevan un elevado nivel de riesgo.

### 4.3. El incremento causal del riesgo. Tesis de Roxin y variación de Schaffstein

Roxin<sup>35</sup> define la aportación del cómplice como un ataque accesorio al bien jurídico que promueve un *incremento causal del riesgo*, es decir, no todas las participaciones que estén en una línea de causalidad con el resultado son igualmente merecedoras de reproche penal, sino sólo las que incrementen causalmente el riesgo de producción del resultado. Se parte de la premisa de que la imputación objetiva se compone de criterios axiológicos que hay que añadir a la causalidad con arreglo a la afirmación del tipo objetivo.

En ese sentido, Roxin<sup>36</sup> establece que “el principio del incremento del riesgo sólo se ve correctamente empleado cuando, al igual que sucede con la imputación objetiva, es adicionado a la causalidad”. Acercándose a Roxin, Schaffstein<sup>37</sup> afirma que el incremento del riesgo se debe medir mediante la comparación con cursos causales hipotéticos.

Así, según el planteamiento de Schaffstein,<sup>38</sup> se excluiría la responsabilidad del cómplice cuando el autor pudiera realizar solo, sin su ayuda, la contribución recibida de aquél. Pongamos como ejemplo el caso del ladrón que podría haber arrastrado él mismo la escalera que le facilitó el cómplice, y, con ello, acceder a la ventana de la casa o transportar el coche que condujo el cómplice hasta el lugar del delito. En estos casos, entiende Schaffstein<sup>39</sup> que no hay incremento del riesgo porque la realización del hecho

por el autor no ha sido facilitada por la conducta del cómplice.

Roxin<sup>40</sup> no está de acuerdo porque ve en estas contribuciones una relación de causalidad para con el resultado que sólo se puede “romper” mediante la suposición de cursos causales hipotéticos, lo que en términos de imputación no está permitido. Además, sostiene que ello implicaría dejar fuera del ámbito de la imputación una circunstancia causal que, bajo un juicio objetivo *ex-ante*, eleva las posibilidades del resultado si después de que el delito se consuma resulta ser superflua. Con ello, por ejemplo, estaría fuera del ámbito de imputación quien vigila para que el autor cometa el hurto en el caso de que no hubiera acercamiento de terceros.<sup>41</sup>

En la visión de Roxin,<sup>42</sup> “un hurto asegurado mediante la vigilancia emplea una modalidad de ejecución diversa a la de un hurto *no protegido*. La primera modalidad de ejecución incrementa las posibilidades de alcanzar con éxito el resultado porque reduce el riesgo de ser descubierto y fracasar. La cuestión de lo que hubiera hecho el autor si no contara con la colaboración de un vigilante desemboca nuevamente en la consideración de cursos causales hipotéticos y por ello está vedada desde el principio”. Lo importante es que el criterio de imputación objetiva tenga en cuenta la importancia causal y el incremento del riesgo en el momento de realización de la conducta por el autor y no en el momento de realización del resultado, y, exclusivamente, con base en lo que pasa y no en lo que pudo haber pasado. Por ello, dice Roxin que “si a mitad del camino el ladrón de casas hace regresar al cómplice que está llevando la escalera, porque ha decidido otra forma de entrar en la casa, solamente existe una tentativa impune de complicidad. Si el ladrón se cae de la escalera al tratar de subir y escoge otro camino para entrar en la casa, entonces estaremos solamente ante una complicidad a una tentativa de hurto”.<sup>43</sup>

<sup>35</sup> Claus Roxin, “¿Qué es la complicidad? ...”, *op. cit.*, p. 551.

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> Friedrich Schaffstein, “Die Risikohöherhöhung als Objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, Insbesondere bei der Beihilfe”, *Festschrift für Richard M. Honig*, Gotinga, Otto Schwartz, 1970, pp. 169 y ss. Existe una traducción para el español de Marcelo A. Sancinetti, publicada como “El incremento del riesgo como principio de imputación objetiva en el Derecho penal, especialmente en la complicidad”, *Causalidad, riesgo e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 177 y ss.

<sup>38</sup> Friedrich Schaffstein, “El incremento del riesgo como principio...”, *op. cit.*, p. 196.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>40</sup> Claus Roxin, “¿Qué es la complicidad? ...”, *op. cit.*, p. 552.

<sup>41</sup> El ejemplo está en *ibidem*, pp. 552 y 553.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 553.

<sup>43</sup> *Idem.*

## El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

Efectivamente, la idea de negar la posibilidad de imputación en el plano del tipo objetivo sin arreglo a la idea de causalidad bajo el argumento de que verificados cursos causales hipotéticos no es posible afirmar un incremento del riesgo derivado de la contribución parece, como mínimo, temeraria. Y es que la conclusión no se deriva de criterios de delimitación definidos. Es decir, tratar de identificar las dificultades según si su hipotética supresión resultaría o no en dificultades para el autor de cometer el delito remite falsamente a otra decisión normativa que no aclara nada, pues ¿cuándo se puede afirmar efectivamente que sería dificultada una acción criminal que no pasó? O, aún más, ¿a partir de qué nivel de dificultad se puede hablar de una acción no neutral?

Aunque fuera posible imaginar con algún margen de seguridad el curso causal hipotético, hay que considerar que existe siempre la posibilidad de un rechazo del cómplice. De este modo, queda de manifiesto la complejidad que supone la verificación normativa del ámbito de lo punible en la contribución del cómplice.

Por ello, no parece que por la vía de la exclusión hipotética de la contribución en el plano objetivo se consiga algún logro de cara a la delimitación del ámbito de relevancia de la contribución o de cara a la identificación de una conducta como neutral. Si las propuestas teóricas que se valen de cursos causales hipotéticos y se alejan de la causalidad no son suficientes para identificar las contribuciones que pueden generar responsabilidad por complicidad y, por exclusión, las acciones neutrales, se pueden sacar las siguientes conclusiones provisionales: la presencia de la causalidad es un elemento fundamental en la determinación de la responsabilidad del cómplice, las contribuciones relevantes han de ser causales para la realización del autor y la causalidad no es suficiente.

Por ello, habría que seguir buscando los elementos normativos complementarios al juicio de causalidad para determinar los límites de la aplicación de la complicidad.

Roxin califica el *incremento del riesgo* como una fórmula general de la imputación objetiva que efecti-

vamente, aplicada como complemento de la causalidad a los casos de complicidad, puede conducir a una solución congruente y, al mismo tiempo, satisfactoria en términos político criminales para la identificación de las contribuciones relevantes y las meras acciones neutrales.<sup>44</sup> Lo señala precisamente Roxin con dos ejemplos:

el prestar un encendedor es seguramente una acción cotidiana neutral de por sí, pero cuando ocurre con la finalidad declarada de incendiar un granero, difícilmente tenderá uno a rechazar una complicidad. Cuando un taxista lleva al autor al lugar de los hechos, estando al tanto de lo que éste planea o ha ejecutado (BGH GA 1981, 133 y s.), o lo recoge de allí con el botín (BGHSt 4, 107), entonces el transporte con el taxi bajo una retribución económica normal es ciertamente un negocio cotidiano, pese a todo, el BGH ha afirmado la punibilidad de la conducta del cómplice en ambos casos.<sup>45</sup>

Definitivamente no es lo mismo comprar pan en una panadería al cual se añadirá veneno antes de ofrecerlo a la víctima, simplemente pidiéndole pan al panadero que pedirle al panadero pan de hierbas, que sabe que es intenso, capaz de disfrazar el sabor del veneno que se pretende adicionar al mismo con fines homicidas.

En este caso, como bien subraya Roxin,<sup>46</sup> el conocimiento del cómplice lo pone en condiciones idénticas a un eventual cómplice que le haya aportado al autor el veneno. ¿Como sería posible castigar a uno y dejar impune a otro? Efectivamente, en el plano objetivo, en ambos casos se ha contribuido a que el hecho se haya realizado de la forma en que se ha realizado y se ha incrementado el riesgo del resultado. Parece entonces que no se puede diferenciar entre una y otra aportación a niveles de determinación de la impunidad o castigo.

Ésta es exactamente la conclusión a la que llega Roxin cuando se refiere a que “se tendrá que admitir una complicidad punible cuando la contribución tenga una *relación delictiva de sentido*”,<sup>47</sup> y añade: “esto ocurre cuando la contribución tiene valor para el au-

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 551.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 555 y 556.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 558.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 556. La expresión usada es *Deliktischer Sinnbezug*, que también se podría traducir por *referencia de sentido delictivo* y también se utiliza en la obra del mismo autor, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, C.H. Beck, 2003, p. 208.

tor solamente bajo el presupuesto del delito planeado, y el ‘aportador’ lo sabe”.<sup>48</sup>

Es verdad que en su primer análisis del tema,<sup>49</sup> Roxin intentaba delimitar la cuestión de qué es el *sentido* acudiendo a la diferenciación entre el dolo eventual y el dolo directo en la conducta del cómplice, dando a entender, con ello, aparentemente, que el tema, al menos en parte, merece de una discusión en el plano subjetivo.<sup>50</sup> Pero, después, ha abandonado tal referencia específica<sup>51</sup> en favor del discurso acerca de la relevancia de las acciones que tienen naturaleza delictiva (literalmente, *Deliktischer Natur*) o acciones que, aunque en sí mismas sean consideradas legales, agotan su utilidad para el autor, en una práctica delictiva conocida por el cómplice, mientras que serían neutrales aquéllas en las que quien actúa lo hace en estado de duda, mismo que disminuiría la relevancia con base en el principio de confianza.<sup>52</sup> Esta vacilante posición de Roxin da lugar a críticas a sus planteamientos por su imprecisión.<sup>53</sup>

En efecto, tiene razón Roxin cuando describe la dimensión de sentido como clave para la solución del problema, pero luego no consigue establecer conexión con sus mismas tesis respecto del dolo ni llega a ofrecer bases estables en relación con la imputación objetiva, acabando finalmente por acudir al principio de confianza que él mismo sostiene que está plagado de excepciones.<sup>54</sup>

Al final, es justamente el intento de objetivización y la no asunción de una perspectiva netamente subjetiva lo que termina por conducir la tesis de Roxin a ser desechada.

#### 4.4. El sentido delictivo en Frisch

Resulta interesante el hecho de que en la misma búsqueda por fijar criterios axiológicos de identificación y delimitación de las acciones neutrales en la complicidad, haya llegado Frisch a una idea cercana a la de Roxin respecto a que la delimitación debe provenir del *sentido delictivo* de la contribución.

Del mismo modo que Roxin, Frisch busca la solución a la delimitación de las contribuciones neutrales en sus planteamientos generales respecto de la imputación. Su idea es que la tipicidad de la conducta depende de que “pueda estar legitimada la restricción de libertad a ella conectada”<sup>55</sup> y para ello la conducta tiene que ser adecuada, necesaria e idónea para la protección de bienes jurídicos y proporcional a las consecuencias que genera.<sup>56</sup>

Por otra parte, los comportamientos típicos pueden adecuarse a tres perfiles distintos: 1) los que ponen en peligro por sí solos al bien jurídico;<sup>57</sup> 2) los que generan peligro al bien jurídico si se combinan con la conducta de la víctima,<sup>58</sup> y 3) los que crean un peligro para el bien jurídico al conjugarse con la conducta de un tercero.<sup>59</sup> Es justamente en este tercer grupo de comportamientos en el que se tratarán las hipótesis de complicidad tanto material como psíquica.<sup>60</sup> Y es que en ese punto es donde Frisch<sup>61</sup> sostiene que la prohibición de la conducta depende de su *sentido inequívocamente delictivo*.

Como se aprecia, Frisch ubica la cuestión de la identificación de lo que tiene o no sentido delictivo a

<sup>48</sup> Claus Roxin, “¿Qué es la complicidad? ...”, *op. cit.*, p. 556.

<sup>49</sup> Véase *idem*; esta traducción se ha publicado originalmente como “Was ist Beihilfe?”, en Hans Heiner Kühne (comp.), *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des Japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden, Nomos, 1995, pp. 501-517.

<sup>50</sup> Ésta es, también, la evaluación que hace de la posición de Roxin Luis Roca de Agapito en *Las acciones cotidianas...*, *op. cit.*, pp. 310-312.

<sup>51</sup> Por ejemplo, Roxin en el segundo tomo de su tratado, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, Luís Greco, *Cumplicidade através de ações neutras...*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>54</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 1005.

<sup>55</sup> Wolfgang Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 84.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>60</sup> El autor establece que el conjunto de supuestos “abarca desde la entrega de distintos objetos (desde un arma en sentido técnico o un veneno hasta un cubierto o una tijera) con los que terceros perpetran delitos, o dejar al alcance de otros tales objetos, pasando por el dar información o dejar solas a personas que a continuación matan a los sujetos a la protección de ambos, hasta el motivar (muchas veces sin pensarlo) resoluciones delictivas ajenas, o el comportamiento imprudente ajeno y el favorecimiento de deficiencias personales que, a su vez, operan favoreciendo delitos”. *Idem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 300.

## El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

efectos de contribución a la realización del delito en una dimensión normativa. Pero luego incurre en un error parecido al de Roxin cuando sitúa, a toda costa, las acciones neutrales en el plano objetivo de la tipicidad. Frisch intenta precisar cuál es el *sentido delictivo* de la contribución a través de ideas ya superadas como la *cercanía al hecho*, discutiendo el ámbito de relevancia de las contribuciones “fuera de la auténtica fase comitiva”,<sup>62</sup> *el ajuste de la conducta a las necesidades del autor*, de tal modo que “de ella, en su totalidad o en alguna parte, no se deduce otro sentido que el de posibilitar o facilitar el comportamiento delictivo ajeno”<sup>63</sup> o, aun, cuando “por su materialización satisfacen las resoluciones delictivas de otros”.<sup>64</sup> Concluye con el equivocado recurso a los cursos causales hipotéticos al decir que la prohibición de conductas que carecen de sentido delictivo no es un medio idóneo para la protección de bienes jurídicos, ya que el autor podría obtenerlas en otro lugar, con alguien que ignorase sus planes.<sup>65</sup> Es evidente que esta fórmula de dimensión de sentido no es nada más que un análisis normativo del dolo según correctos criterios comunicacionales. Roxin lo intuye en un primer momento, pero luego huye del dolo cuando percibe que, por un lado, un dolo natural no puede limitar nada normativamente y, por otro, que su concepción del dolo normativo no se restringe al plano de la tipicidad<sup>66</sup> en donde insiste en ubicar el problema.

Lo mismo pasa con Frisch, quien al fin de cuentas mantiene la idea de que la referencia de *sentido delictivo* no es más que un dato objetivo que no cambia nada en relación con una eventual pretensión del sujeto de facilitar el obrar delictivo ajeno.<sup>67</sup>

La contribución del cómplice da sentido al plan del autor al consistir en una ayuda relevante para la realización del mismo y tal relevancia es reconocida por el mismo cómplice. El problema que seguramente ni Roxin ni Frisch han identificado es que no se puede presumir en el plano objetivo ni el cuándo ni si las

acciones cotidianas de complicidad están dotadas de *sentido*, ya que el *sentido* de la contribución reside precisamente en el dolo, pero no en el dolo natural, sino en el normativo. Mas tampoco en cualquier clase de dolo normativo, sino en el dolo comunicativo *significativo*, es decir, en el dolo como expresión del sentido del compromiso para con la producción del resultado.

#### 4.5. La complicidad como sentido conjunto objetivo. La tesis de Robles Planas

Partiendo de las conclusiones de Schumann sobre la idea de la autorresponsabilidad e intentando conjugarla con la accesoriedad, Robles Planas defiende que la responsabilidad del partícipe reside en una *relación de sentido conjunto*, lo que quiere decir que el hecho puede ser reconocido como propio tanto del autor como del cómplice.<sup>68</sup> Considero que el trabajo de este autor ha supuesto una aportación de suma importancia para la correcta apreciación de los supuestos de complicidad por acciones neutrales. Sin embargo, padece también de una inexplicable incompreensión respecto del terreno dogmático en donde se ubica su discusión. Trataré en este apartado de poner de relieve los numerosos méritos que tiene su concepción, así como lo que considero son sus debilidades argumentativas.

Para Robles Planas hay algunos puntos básicos que hay que considerar con anterioridad a la discusión acerca de los límites de la participación imprudente. En primer lugar, el criterio de determinación de la responsabilidad del partícipe debe corresponderse con el criterio determinante de la responsabilidad en general.<sup>69</sup> En segundo lugar, debe existir una razón determinante específica para la responsabilización del partícipe, es decir, la responsabilidad debe derivarse de una autodeterminación y no de la determinación delictiva ajena.<sup>70</sup> Por

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 310.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 312.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 314 y 315.

<sup>66</sup> Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, De Gruyter, 1973, p. 42.

<sup>67</sup> Cf. Wolfgang Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado...*, *op. cit.*, p. 305.

<sup>68</sup> Ricardo Robles Planas desarrolla su tesis en dos trabajos esenciales: “Participación en el delito e imprudencia”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, núm. 6, 2000, pp. 223-251, y “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, núm. 70, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 190-210.

<sup>69</sup> Ricardo Robles Planas, “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 76.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 241 y 242.

último, el tema debe ser discutido en el campo del tipo objetivo.<sup>71</sup>

El autor explica este eje de responsabilidad correctamente en el hecho de que la aportación del cómplice debe ser identificada como poseedora de un *sentido conjunto* a la realización del autor.<sup>72</sup> Es decir, el cómplice debe co-configurar el hecho típico, aportando algo que sobrepase el límite del riesgo permitido y traduzca el significado inequívoco de formar parte del hecho delictivo. Con ello, la aportación del cómplice debe revelarse como “un inequívoco primer paso hacia el hecho”<sup>73</sup> que se revela bien por la violación de deberes especiales derivados del mismo sistema de prohibiciones o por una “conducta inequívoca de *adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido*”.<sup>74</sup>

Aquí termina nuestra coincidencia. Y es que Robles Planas opta, en aras a justificar lo que entiende por el *sentido conjunto* a la realización del autor, por apoyarse en las tesis de Jakobs y Frisch,<sup>75</sup> sosteniendo expresamente que “la relación de sentido antes apuntada es independiente de la subjetividad del interviniente”<sup>76</sup> y que “la subjetividad del partícipe no aporta ningún dato relevante a la imputación del hecho”.<sup>77</sup> De ello deduce la completa irrelevancia de la distinción entre dolo e imprudencia en la aportación del cómplice, con lo cual sólo cuando esté formada una unidad de sentido relevante para con la conducta del autor se pasaría al análisis de los datos subjetivos.<sup>78</sup>

La opción de ubicar el tema en el plano objetivo es defendida por el autor no a través de la presentación de las supuestas ventajas de su planteamiento, sino por medio de un ataque brutal a las concepciones subjetivas, pretendiendo exponer sus debilidades. En realidad, como se apreciará seguidamente, es justamente en este punto donde se revela la debilidad de su propuesta frente a un punto de vista que pudiera ser similar, ubicado en el plano subjetivo.

El primer aspecto destacado por Robles a favor de la discusión objetiva es de orden lógico. Sostiene que

la aportación del cómplice en el momento en que se realiza justamente por razones de accesoriedad es un “nada jurídico-penal”, con lo cual no podría ya adquirir el carácter de un “nada doloso” o de un “nada imprudente” hasta que la actividad del autor alcance, como mínimo, el grado de tentativa.

La afirmación es completamente vacía. Y es que la aportación del cómplice es un “nada jurídico-penal” tanto visto desde un plano subjetivo como objetivo. No sólo no es dolosa ni imprudente, sino que tampoco supone la realización de un riesgo no permitido, pues no se castiga mientras no entre en acción el autor.

Queda así en evidencia que el autor sigue interpretando el dolo y la imprudencia sobre datos naturales vinculados a la mente del actuante, cuando en realidad es dominante la perspectiva atributiva incluso del dolo. Ello se pone de manifiesto en sus críticas a las teorías subjetivas cuando afirma que “incurren en el error metodológico de invertir el análisis y ubicar el problema en sede de tipicidad subjetiva sin que haya fundamentado antes la peligrosidad objetiva”, o que ellas consistirían en el castigo del “mero saber”.<sup>79</sup> En realidad, ello sólo ocurre si se parte de la falsa idea de que el dolo pueda ser una “entidad en el mundo del ser”, lo que no es sostenible.

Así pensados el dolo y la imprudencia en el plano normativo, es obligado reconocer que se trata, como el riesgo no permitido, de una atribución realizada *a posteriori* con relación a la realización del hecho que se atribuye el carácter delictivo. Es decir, tanto la parte objetiva como la subjetiva del injusto se atribuyen con posterioridad. Nada viene antes. No se puede confundir el *dolo*, una categoría de construcción teórico-atributiva, con la intención, una categoría ontológica.

Consecuentemente, está completamente desprovista de sentido la afirmación de que “una conducta no pierde su significado delictivo porque al sujeto le falte intención de favorecer el delito ajeno; tampoco lo recibe por el mero hecho de que quiera favorecerlo”.<sup>80</sup>

<sup>71</sup> Ricardo Robles Planas, “Participación en el delito e imprudencia...”, *op. cit.*, p. 241, y “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 76.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>75</sup> Ricardo Robles Planas, “Participación en el delito e imprudencia...”, *op. cit.*, p. 243.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>79</sup> Ricardo Robles Planas, “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 77.

<sup>80</sup> *Idem*.

## El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

Queda, pues, revelada la confusión entre intención y dolo. Justamente por ello, Robles termina por atribuir el dolo al sujeto y no al hecho del sujeto, convirtiendo el modelo de imputación del hecho en un modelo de imputación del autor.

Finalmente, en el sentido práctico, la ubicación de la dimensión de sentido en el plano objetivo puede producir graves problemas de imputación, excluyendo la responsabilidad en el plano objetivo cuando la evidencia de que hay sentido en la aportación se identifica tan sólo a partir de lo que *sabe* o *no sabe* el cómplice. Con un ejemplo: la venta de un pan de hierbas por el panadero a un sujeto que lo utiliza para envenenar a su mujer no tiene, según criterios objetivos, el sentido de una aportación al delito del autor. Sin embargo, si el autor pregunta al panadero si el pan tiene un sabor capaz de disfrazar el veneno que él pretende utilizar, la contribución adquiere inmediatamente *sentido* que proviene de lo que conoce el cómplice, nada más.

### 5. Toma de posición. El sentido de la adhesión a la realización del autor

Según mi punto de vista, la reanudación de la discusión sobre la teoría de las acciones neutrales para el establecimiento de los límites de responsabilidad del cómplice ha sido considerablemente nociva. Ello se debe a que la discusión, en franco combate en la teoría de la equivalencia de las condiciones, trasladó la cuestión al ámbito de la imputación objetiva, en el que no se puede llegar a conclusiones seguras. De hecho, aceptada o no la teoría de las acciones neutrales, no es posible establecer la responsabilidad del partícipe simplemente acudiendo a criterios de imputación objetiva. Ello no sólo porque no existan acciones en sí mismas consideradas neutrales, sino también porque el juicio normativo de evaluación no se limita meramente a las cuestiones de asunción del riesgo.

El marco de determinación del desvalor de la complicidad se ubica en una adhesión a la reali-

zación delictiva del autor que expresa no sólo una vinculación objetiva a ésta, sino también una conexión subjetiva. De hecho, no basta con que cualquier aportación sea causal para la producción del resultado, pero ello no significa que algunas de las aportaciones, según criterios de riesgo o de organización personal, puedan ser clasificadas como neutrales. Significa, eso sí, que la mayor parte de tales contribuciones no tienen el *sentido* de una adhesión al delito del autor.

#### 5.1. El aspecto subjetivo de la conexión de sentido

La identificación de lo que tiene el *sentido* de tal adhesión resulta de una valoración normativa de la pretensión subjetiva de ilicitud, es decir, de si existe o no un compromiso para con la producción del resultado. Efectivamente, tiene razón la doctrina mayoritaria cuando busca criterios normativos para la identificación de las aportaciones del cómplice que pueden o no ser relevantes para la producción de su responsabilidad.

Pero es un error pensar que de ser estos criterios normativos, ello se deba traducir inmediatamente en una discusión de tipo objetivo.<sup>81</sup> Esta conclusión podría ser válida si se partiera de un concepto de dolo e imprudencia naturales vinculados a situaciones psicológicas. Parece ser ya dominante en la discusión doctrinal la idea de que la imprudencia es un juicio sobre el desvalor del deber de cuidado, y que nada tiene de psicológico, hasta el punto de que parte de la doctrina sostiene que el tipo imprudente no tiene elemento subjetivo.<sup>82</sup> Por otro lado, también parece ser dominante la idea de la superación del dolo natural por un concepto normativo.<sup>83</sup>

En este sentido, estaba mejor ubicada la teoría original de las acciones neutrales al discutir sobre los límites de aportación imprudente a delitos dolosos de lo que está el actual planteamiento que pretende imponer la discusión sin arreglo a la cuestión de dolo e

<sup>81</sup> No se desconoce ser dominante la posición de que la relevancia penal de las aportaciones del cómplice es predominantemente tratada por la doctrina como una cuestión de imputación objetiva. Para una orientación en el panorama doctrinal, véase la recopilación bibliográfica reciente, especialmente de Alemania y España aportada por Luis Roca de Agapito, *Las acciones cotidianas...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

<sup>82</sup> Claus Roxin, "Sobre la culpa en Derecho penal", *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992, p. 93. En el mismo sentido, del mismo autor, *Derecho penal. Parte General. Tomo I...*, *op. cit.*, p. 999.

<sup>83</sup> Véase, por todos, Winfried Hassemer, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 2005, p. 298, y George Fletcher, *Basics Concepts of Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, pp. 82-85.

imprudencia. Así, aunque la discusión sea normativa,<sup>84</sup> su ubicación se encuentra en el plano del dolo y de la imprudencia y no en el de los criterios axiológicos que se suman a la causalidad para definir el tipo de acción u omisión.<sup>85</sup>

## 5.2. Las posibilidades de conexión de sentido subjetivo en la complicidad. Una cuestión de espacio-tiempo

La desvaloración de la aportación del cómplice tiene que conectarse con la realización del autor hasta el punto de que se le pueda considerar una adhesión a la misma. Esta adhesión se mide a través de un proceso de comunicación de *sentido* de la aportación, capaz de revelar, según criterios de espacio y tiempo, una conexión de carácter subjetivo.

Sería posible decir, de entrada, que como el delito imprudente no tiene elemento subjetivo, tal *sentido* jamás estaría presente, y concluir así que no es posible una complicidad imprudente en ningún tipo de realización, ya sea dolosa o imprudente. Ello, sin embargo, no significa que los aportes imprudentes deban quedarse siempre impunes, ya que pueden constituir en sí mismos otro delito. Lo que sí no es posible es la conexión subjetiva en el marco de un mismo delito. De todos modos, hay un argumento que refuerza la cuestión referente a la esencia del delito imprudente, y es que el delito imprudente no es en sí mismo la pretensión de una realización ni el compromiso para con la producción del resultado, sino la violación de un deber de cuidado objetivo. Sin embargo, no basta con que esta violación sea causal para la producción del resultado, sino que es necesario que tal causación se revista también del carácter de intermediación. El hecho de que haya avisado a mi hijo que se dejó la ventana de su habitación abierta mientras llovía, y de que mi hijo, para volver a casa y cerrar la ventana, sobrepasó la velocidad permitida con su coche, teniendo un accidente, no me genera responsabilidad por ello.

Y es que los delitos imprudentes demandan una intermediación de los criterios de espacio y tiempo para la identificación de la relevancia del deber de cuidado omitido capaz de generar responsabilidad. Por lo tanto, es lógico que no sea posible responsabilizar imprudentemente por complicidad, sino solamente por coautoría,<sup>86</sup> con independencia de que el delito realizado sea imprudente o doloso.

Por el contrario, las aportaciones dolosas no necesitan de una vinculación de intermediación en el plano espacio-tiempo, basta con que traduzcan el *sentido* de una adhesión a la realización del autor para generar responsabilidad. Ese *sentido* se comunica a través de la identificación de un compromiso para con la producción del resultado.

Ello se traduce exactamente en lo que se puede calificar de *dolo significativo*, tema del que me he ocupado en otro lugar<sup>87</sup> y que intentaré, aquí, explicar resumidamente.

El problema central es: ¿cuándo se podrá decir que el individuo que actuó lo hizo intencionadamente y conociendo la posible o probable producción del resultado? En la praxis forense, lo que se puede identificar es que muchos juicios y condenas tienen lugar a partir de la constatación de que el sujeto ha actuado dolosamente; sin embargo, la discusión sobre los fundamentos en que se sostienen dichas condenas no ha merecido una especial atención por parte de los jueces. Habría que explicar cómo es posible afirmar este dolo en el fallo de la condena, con base en qué consideraciones se puede decir que alguien ha actuado con conocimiento y voluntad vinculados a la realización del hecho delictivo.

Tradicionalmente se han ubicado las respuestas a estas interrogantes en las teorías ontológicas del dolo vinculadas al finalismo. Más recientemente, ha aparecido también una tendencia a admitir como válida —justamente a partir de las críticas a la imposibilidad de demostración del fenómeno volitivo en el ámbito psíquico del sujeto— la condición de simple

<sup>84</sup> Se reconoce de manera general en la doctrina que el debate es normativo. Cf. Luis Roca de Agapito, *Las acciones cotidianas...*, op. cit., pp. 34 y 35.

<sup>85</sup> En realidad, ya ha sido objeto de crítica doctrinal el hecho de que los partidarios de la teoría de la imputación objetiva alguna vez hayan entremezclado indebidamente aspectos de la imputación objetiva y subjetiva. Así, por ejemplo, opina Bernardo Feijoo Sánchez en *Límites de la participación criminal...*, op. cit., p. 39.

<sup>86</sup> Aunque irrelevante para el tema aquí tratado, es evidentemente imposible la inducción o instigación imprudentes, de tal modo que la aportación imprudente al delito que sea, o bien constituye coautoría, o resulta penalmente irrelevante.

<sup>87</sup> Véase Paulo César Busato, Maria del Mar Díaz Pita y Carlos Martínez-Buján Pérez, *Modernas tendências sobre o dolo em Direito penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 93 y ss.; y Paulo César Busato, “capítulo 8”, *Direito penal. Parte Geral*, São Paulo, Atlas, 2013.

## El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

atribución del dolo, en una perspectiva netamente normativa.<sup>88</sup>

Las tesis ontológicas son directamente insostenibles si se reconoce la imposibilidad del juez para acceder al pensamiento del autor en el momento del hecho de manera retroactiva y saber lo que se le pasaba entonces por la cabeza.

Entre las tesis normativas merece una atención especial la teoría de Hassemer, quien entiende que el dolo es una “decisión a favor del injusto”.<sup>89</sup> Pero sostiene también que el dolo es una instancia interna no observable, con lo cual, su atribución se reduce a la investigación de elementos externos que puedan servir de indicadores y justificar su atribución. Por ello, estos indicadores sólo se pueden buscar en la misma *ratio* del dolo, que se explica en tres sucesivos niveles: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa.<sup>90</sup>

De la construcción de Hassemer parece derivarse algo muy importante que, sin embargo, él no trata de explorar, esto es la idea de transmisión de un significado. Hassemer, al compaginar los indicadores externos con los criterios (valorativos) de delimitación del dolo, determina la identificación de éste con la posibilidad de su atribución. Sin embargo, no trata de explicar el proceso justificante de dicha identificación.

Cuando se propone una teoría del delito que distribuye las pretensiones normativas entre el tipo de acción, expresado en una pretensión conceptual de relevancia y una pretensión de ofensa, la antijuridicidad formal, expresada en una pretensión de ilicitud que incluye instancias de imputación de la antinormatividad, una culpabilidad como pretensión de reproche y una punibilidad como pretensión de necesidad de

pena, como hace Vives Antón,<sup>91</sup> queda mejor evidenciado que el dolo no es más que una atribución.

Vives<sup>92</sup> exige para el reconocimiento del “tipo de acción” una pretensión de relevancia en el sentido de la determinación de que una concreta acción humana interesa al Derecho penal. Pero esta pretensión de relevancia es verificable mediante el cumplimiento de dos elementos: una *pretensión conceptual de relevancia*, que expresaría la idea de tipicidad, y una *pretensión de ofensa*, que sería la idea de antijuridicidad material.<sup>93</sup> Y luego cierra el injusto con la antijuridicidad formal, que se corresponde con una pretensión de ilicitud traducida en la verificación de la falta de ajuste del comportamiento significativo con el ordenamiento jurídico.<sup>94</sup> Es en este punto donde Vives<sup>95</sup> ubica el dolo y la imprudencia, siendo el primero identificado según un compromiso de actuar por parte del autor. El dolo, para Vives, deviene en un dolo neutro,<sup>96</sup> es decir, la intención de realizar el hecho antijurídico.

Cuando se separan, por una parte, el dolo y la imprudencia en la pretensión de ilicitud, y, por otra, los elementos del tipo y la misma acción en la pretensión de relevancia, queda clara la mezcla que las concepciones finalistas hacen entre los planos conceptual y sustantivo de análisis. Como establece Vives, “la atribución de intenciones al sujeto, o la calificación de su conducta como no intencional, no desempeñan necesariamente un papel en la delimitación conceptual de la acción”.<sup>97</sup>

La acción —ya sea comisión u omisión— tiene su aspecto conceptual o definitorio analizado en el tipo de acción, que es donde adquiere criterios de sentido. El dolo y la imprudencia, por otra parte, son instancias de imputación de la antinormatividad vinculadas

<sup>88</sup> A este aspecto se refiere José Luis Díez Ripollés al afirmar: “el dilema básico, al margen de matizaciones que ahora no proceden, es si nos atenemos, o hay que atenerse, a una configuración realista, naturalista, de tales elementos, o bien hay que darles, o se les da, un contenido fundamentalmente normativo”. *Los elementos subjetivos del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 21. En el mismo sentido, Ramón Ragués I Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, J.M. Bosch, 1999, especialmente, p. 190.

<sup>89</sup> Winfried Hassemer, “Los elementos característicos del dolo”, ADCP, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p. 931.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 931.

<sup>91</sup> Véase un resumen sobre la distribución de las categorías del delito según los planteamientos de Vives Antón en Carlos Martínez-Buján Pérez, “La ‘concepción significativa de la acción’ de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en Adán Nieto Martón (coord.), *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

<sup>92</sup> Tomás Salvador Vives Antón, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 484.

<sup>93</sup> *Idem*.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 485.

<sup>95</sup> *Idem*.

<sup>96</sup> Con idéntica opinión, Emiliano Borja Jiménez, “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal”, en Adán Nieto Martín (coord.), *Libro Homenaje...*, op. cit., p. 885.

<sup>97</sup> Tomás Salvador Vives Antón, *Fundamentos...*, op. cit., p. 24.

al plano sustantivo y no conceptual de la atribución de conducta al sujeto.

Así, para la concepción significativa de la acción que aquí se suscribe,<sup>98</sup> la “intención subjetiva” corresponde a la atribución concreta de intenciones al sujeto y no define por sí misma la acción, sino la imputación. Es decir, la identificación de la intención subjetiva cumple la tarea de posibilitar la atribución al agente de un compromiso con la acción ofensiva realizada, pero no hace parte de la misma acción, en lo que atañe a su definición.

En conclusión, la definición de la existencia de una acción conceptualmente relevante para el Derecho penal precede al análisis de si esa acción relevante infringe la norma. En ese sentido, Vives no deja lugar a dudas al afirmar que “la determinación de la intención entra a menudo en juego *después* de que la acción se halle definida y sirva al interés *sustantivo* de enjuiciarla”.<sup>99</sup>

Pero, ¿cuál es el fundamento según el cual se justifica la atribución del dolo?, ¿bajo qué criterios es aceptable reconocer la atribución de una actuación dolosa a alguien? Vives entiende que la nota común para las figuras dolosas es una “decisión en contra del bien jurídico”,<sup>100</sup> expresada en un *compromiso* con la lesión —o peligro— de dicho bien. La verificación del dolo para Vives depende de si la acción realizada pone o no de manifiesto un compromiso de actuar del autor. Para ello,<sup>101</sup> entiende que se deben poner en relación las reglas sociales que definen la acción como una de las que interesan al Derecho penal con las *competencias* del autor, es decir, las técnicas que el autor domina. Así, en un procedimiento puramente axiológico y no a través del intento de buscar inasequibles datos psicológicos, “podremos determinar lo que el autor *sabía*”.<sup>102</sup> En resumen, “sólo podemos analizar manifestaciones externas y, a través de ellas, averiguar el bagaje de conocimiento del autor (las técnicas que dominaba, lo que podía y lo que no podía prever o calcular) y entender, así, al menos parcialmente, sus intenciones expresadas en la acción”.<sup>103</sup>

Al final, se abandona completamente la errónea idea de pretender describir *cuándo hay dolo* y se la

sustituye por el intento de *comprensión del nivel de gravedad* reflejado en la contradicción entre la acción realizada y la norma, que es, sin lugar a dudas, la tarea adscriptiva del dolo.

En lo que aquí interesa, es posible advertir la relevancia de una aportación dolosa tanto en la realización de supuestos delictivos imprudentes como dolosos. Pero la conexión de sentido de un compromiso para con la producción del resultado que el realizador imprudente no posee conduce a una situación especial de instrumentalización. El que dolosamente aporta una condición o un elemento determinante causal para la producción del resultado, teniendo un compromiso para con tal producción, aunque dependa de una realización descuidada de otro, no hace más que instrumentalizarle.

Si se parte de la idea general de la accesoriedad de la complicidad, ésta evidentemente no es compatible con la instrumentalización ajena, con lo cual la situación probablemente no será de complicidad, sino de autoría mediata. Queda, por tanto, como única posibilidad la complicidad dolosa a la realización delictiva igualmente dolosa. Ésta se traduce en la aportación del *sentido* de una adhesión a la realización ajena que debe ser verificada mediante un proceso de comprensión.

## 6. Conclusiones

El uso de un dolo *significativo* en el sentido en que aquí queda expuesto corresponderá en cierta medida a las dimensiones de sentido que tanto Roxin como Frisch han intentado explicar para traducir los límites de relevancia de la contribución del cómplice, pero se hace como una discusión en el ámbito de la pretensión subjetiva de relevancia.

El reconocimiento del encaje perfecto del dolo significativo con la dimensión de *sentido* que permite identificar las acciones neutrales conduce a la imposibilidad de mantener la pretensión de exclusión de responsabilidad del cómplice por acciones neutrales a través de un análisis de tipo meramente objetivo y a que haga falta recurrir a la pretensión subjetiva de

<sup>98</sup> Para más detalles, véase Paulo César Busato, *Derecho penal y acción Significativa*, 2ª ed., Buenos Aires, Didot, 2013.

<sup>99</sup> Tomás Salvador Vives Antón, *Fundamentos...*, op. cit., p. 233.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>102</sup> *Idem*.

<sup>103</sup> *Idem*.

## El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

ilicitud. Consecuentemente, no parece que los criterios de imputación objetiva sean suficientes para ofrecer una base sólida para la delimitación precisa de la complicidad ni tengan alguna capacidad por sí solos para identificar acciones efectivamente neutrales, sin acudir a aspectos subjetivos.

Las acciones cotidianas no pueden ser consideradas neutrales con base únicamente en criterios objetivos. No existen acciones objetivamente *neutrales*. Serán o no *neutrales* dependiendo de un análisis de comprensión del *sentido* normativo del compromiso para con la producción del resultado.

En el proceso de identificación de las acciones que se pretenden neutrales, es necesario atender al conocimiento del cómplice, lo que remite necesariamente al análisis del dolo.<sup>104</sup>

La relevancia de la acción neutral, por tanto, se identifica con la apreciación del dolo y de los límites, es decir, la participación por complicidad que sólo se admite en el plan doloso.

Si la responsabilidad del cómplice por acciones neutrales requiere de un análisis de la consciencia que éste tiene respecto de su contribución a un delito, la exclusión de la misma en el plano del tipo objetivo será una anticipación indebida del análisis normativo del dolo que compete hacer *a posteriori*.

Igualmente, si la identificación de la acción efectivamente neutral depende de un recorte de exclusión de las hipótesis de contribución dolosa, no será posible su realización anticipada en el plano del tipo objetivo.

Pero no sólo concurren razones de tipo lógico formal para adoptar esta conclusión sino que, además, la misma regulación del concurso de personas en el Código penal brasileño conduce a esta solución.<sup>105</sup>

Es por todos conocido que la reforma de la parte general del Código en 1984 supuso concesiones a lo que, hasta entonces, significaba la adopción de una teoría unitaria respecto del concurso de personas. El Código, aunque mantuviera la teoría de la equivalencia de los antecedentes y, con ello, en principio, un concepto unitario de autor, hizo una gran cantidad de concesiones vinculadas a un modelo de diferenciación entre autores y partícipes.

Los términos exactos de la regulación fueron los siguientes:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Como se aprecia, el art. 29 establece una responsabilidad por el mismo tipo, pero distingue a los participantes *según la medida de su culpabilidad*. Es más, en el § 1º del mismo artículo, se determina la reducción de la pena de aquél que realiza una aportación de menor relevancia. Asume, además, la accesoriedad, en el art. 31, una vez que elimina la responsabilidad del partícipe (en todas sus modalidades) cuando el autor no llega, al menos, al intento delictivo.

Pero, concretamente en lo que nos interesa, en el art. 30 no se reconoce la comunicabilidad de las circunstancias personales salvo cuando “elementares” del crimen. Ello revela que si se impondrán las penas del delito a un grupo de personas, todas deberán concurrir para el mismo delito. Es decir, no es posible — excepto en el desvío subjetivo de intenciones, por tanto, de dolo, previsto en el art. 29 § 2º — que se realicen delitos subjetivamente desconectados.

La conexión de voluntad como expresión de sentido es determinante de la relación de responsabilidad del cómplice, que simplemente no puede responder por algo desconectado de la pretensión delictiva del autor. Así, el propietario de una ferretería que vende un hacha a un individuo realiza, sin lugar a dudas, una

<sup>104</sup> Afirma Claus Roxin que “el carácter de una acción se determina por la finalidad para la que sirve [...] la mayoría de las acciones de complicidad *por sí mismas* (es decir, prescindiendo de la finalidad) son neutrales”. “¿Qué es la complicidad? ...”, *op. cit.*, p. 559.

<sup>105</sup> Llegando a la misma conclusión a partir del análisis del Código penal español, véase Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, Universitas, 1996, p. 507; y Luis Roca de Agapito, *Las acciones cotidianas...*, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

acción cotidiana, pero su supuesta neutralidad sólo se puede definir a partir de un análisis del conocimiento que tiene sobre el vendedor en el momento de la venta, esto es, de lo que el autor pretende hacer con el objeto que compra. Es decir, si el comprador no dice nada al vendedor y más tarde utiliza el hacha para matar a su mujer, es evidente que la complicidad no queda establecida. Ello no ocurre, sin embargo, porque la venta sea una acción cotidiana neutral, un negocio, sino porque al desconocer el destino que el autor dará al objeto vendido no es posible atribuirle dolo al cómplice. Aunque mucho se le pueda reconocer la imprudencia, ésta es irrelevante para la complicidad en el hecho doloso.

Si, por el contrario, el comprador le dijera al propietario de la ferretería que le indique un hacha suficientemente afilada y pesada para separar, de un sólo golpe, la cabeza de su mujer del tronco, no parece razonable pensar que la venta sea simplemente una acción neutral con base en la idea de que una eventual negativa hubiera hecho con que el autor buscara otro instrumento eficaz para el asesinato.

Otro caso bastante ilustrativo es el que aparece en la película *Colateral*, donde el protagonista (Jamie Foxx) es un taxista que recoge a un pasajero (Tom Cruise) en el aeropuerto y que, después de llevarle a su destino, se queda esperando, por petición del pasajero, para llevarlo después a otro lugar. Mientras el taxista espera abajo, en la calle, se cae por la ventana del edificio en donde entró el pasajero, sobre el taxi, un cadáver con señales de disparos de arma de fuego y el pasajero sale del edificio con una pistola humeante en la mano.

Tras estos hechos, el pasajero le dice al taxista que tiene otros trabajos que terminar y que necesita que él siga llevándole a sus destinos. Evidentemente, la contribución que el taxista prestará a partir de este momento ya no puede considerarse una mera acción cotidiana neutral y sólo podría excluirse su responsabilidad por la comprobación de una eventual amenaza del asesino, aun así, en el campo de las llamadas permisiones débiles o causas de inexigibilidad de conducta conforme al derecho.

Evidentemente, sería necesario discutir, como se hizo alguna vez,<sup>106</sup> sobre los límites de la responsabilidad del cómplice a partir de la verificación de si

una contribución relevante puede darse únicamente a través del dolo directo o si cabe igual responsabilidad a la aportación del cómplice que actúa con dolo eventual. Y es cierto, como ya alguna vez se ha referido, que la dimensión determinante de la relevancia de la conducta del cómplice se delimita por una relación de cantidad y no de calidad,<sup>107</sup> pero al contrario de lo que se ha afirmado, esta cantidad va referida al nivel de reprobación de la conducta con arreglo a la desvaloración normativa del dolo.

Sin embargo, lo que importa en este trabajo no es la delimitación de las clases de dolo a las que se puede delimitar el ámbito de responsabilidad del cómplice. Mas bien, la cuestión que se quiere aclarar viene antes y ya resulta previamente contestada con la simple admisión de la necesidad de discutir acerca de las clases de dolo determinantes de la complicidad. Lo que se quiere afirmar aquí es que no es posible identificar antes del análisis del dolo cualquier clase de acción cotidiana que se pueda calificar de *neutral* con base en criterios exclusivamente objetivos, ni, con base en ello, se puede lograr alejar la responsabilidad por tal complicidad.

Consecuentemente, cualquier criterio de imputación objetiva que se base en la existencia de supuestas acciones neutras, conduce, por fuerza, a la exclusión anticipada e indebida de la responsabilidad penal que puede estar o no presente en un análisis posterior del dolo.

## Referencias bibliográficas

- Amelung, Knut, “Die ‘Neutralisierung’ Geschäftsmaßiger Beiträge Zu Fremden Strftaten Im Rahmen Des Beihilfetatbestands”, en Erich Samson (ed.), *Festschrift Für Gerald Grünwald Zum Siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- Bar, Ludwig von, *Gesetz Und Schuld Im Strafrecht: Fragen Des Geltenden Deutschen Strafrechts Und Seiner Reform*, vol. 2, Berlín, J. Guttentag, 1907.
- Bockelmann, Paul E., Volk, Claus, *Direito Penal. Parte Geral*, trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- Borja Jiménez, Emiliano, “Algunas Reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal”, en Adán Nieto Martín (coord.), *Libro Ho-*

<sup>106</sup> En Claus Roxin, “¿Qué es la complicidad?...”, *op. cit.*, p. 544.

<sup>107</sup> Thomas Weigand, “Grenzen strafbarer Beihilfe”..., *op. cit.*, pp. 197 y ss.

## El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

- menaje al Dr. Marino Barbero Santos, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- Busato, Paulo César, María del Mar Díaz Pita y Carlos Martínez-Buján Pérez, *Modernas tendências sobre o Dolo em Direito Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- , *Derecho penal y Acción significativa*, 2ª ed., Buenos Aires, Didot, 2013.
- , *Direito penal. Parte Geral*, Sao Paulo, Atlas, 2013.
- Díaz Pita, María del Mar, “¿Qué queda de la causalidad?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 4, julio de 1999, Madrid, UNED, 1999.
- Díez Ripollés, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Granada, Comares, 1999.
- Fletcher, George, *Basics Concepts of Criminal Law*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., Tubinga, Mohr, 1931.
- Frisch, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Greco, Luís, *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- Hassemer, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, En ADCP, trad. María del Mar Díaz Pita, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.
- Hassemer, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, trad. de Pablo Rodrigo Alflen Da Silva, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2005.
- Jakobs, Günther, “Regreßverbot Beim Erfolgsdelikt. Zugleich Eine Untersuchung Zum Grund Der Strafrechtlichen Haftung Für Begehung”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 89, Berlín, Walter de Gruyter, 1977.
- , *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- , *A Imputação Objetiva Em Direito Penal*, trad. de André Luís Callegari, Sao Paulo, Revista Dos Tribunais, 1999.
- Löwe-Krahl, Oliver, *Die Verantwortung Von Bakan-gestellten Bei Illegalen Kundengeschäften*, Stuttgart, Richard Boorberg, 1990.
- Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, Universitas, 1996.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos, “La ‘concepción significativa de la acción’ de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en Martín Adán Nieto (coord.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- Maurach, Reinhard, Hans Zipf y Karl Heinz Gössel, *Derecho Penal. Parte General. 2*, trad. de Jorge Bofill Gensch, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- Mayer, Max Ernst, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Winter, 1915.
- Naucke, Wolfgang, “Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal”, en Wolfgang Naucke, Harro Otto, Günther Jakobs y Claus Roxin, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Otto, Harro, “Kausaldiagnose Und Erfolgzurechnung Im Strafrecht”, *Festschrift Für Reinhard Maurach Zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1972.
- Ragués I Vallés, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J.M.Bosch, 1999.
- Robles Planas, Ricardo, “Participación en el delito e imprudencia”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 6, 2ª época, 2000.
- Robles Planas, Ricardo, “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho Penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible”, *Revista Brasileira De Ciências Criminales*, núm. 70, Sao Paulo, Revista Dos Tribunais, 2008.
- Roca de Agapito, Luis, *Las acciones cotidianas como problemática de la participación criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Roxin, Claus, “¿Qué es la complicidad?”, *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2007.
- , *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, trad. Carmen Gómez

- Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- , *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- , “Was ist Beihilfe?”, en Hans Heiner Kühne (comp.), *Festschrift Für Koichi Miyazawa: Dem Wegbereiter Des Japanisch-Deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden, Nomos, 1995.
- , “Sobre la culpa en Derecho penal”, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política criminal*, trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992.
- , *Kriminalpolitik Und Strafrechtssystem*, Berlín, De Gruyter, 1973.
- , *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band Ii. Besondere Erscheinungsformen Der Straftat*. Múnich, C.H.Beck, 2003.
- Schaffstein, Friedrich, “El incremento del riesgo como principio de imputación objetiva en el Derecho penal, especialmente en la complicidad”, en Marcelo A. Sancinetti (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- Schumann, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das prinzip der selbstverantwortung der anderen*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 1986.
- Vives Antón, Tomás Salvador, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Weigand, Thomas, “Grenzen Strafbarer Beihilfe”, en Albin Eser (ed.), *Festschrift Für Haruo Nishihara Zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

